

WYROK

z dnia 2 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2014 r. przez **D..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Handlowo-Transportowy „DAR-TRANS” D..... S..... w Ząbkach** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna w Warszawie**

przy udziale wykonawców:

a) O-PAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Skierniewicach

b) A..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe A..... M..... w Kobylce

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **D..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Handlowo-Transportowy „DAR-TRANS” D..... S..... w Ząbkach** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **D..... S.....,**

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Handlowo-Transportowy „DAR-TRANS” D..... S..... w Ząbkach tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od **D..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Handlowo-Transportowy „DAR-TRANS” D..... S..... w Ząbkach** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. W Warszawie Spółka Akcyjna w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gospodarowanie odpadami o kodzie 19 03 07, 19 01 14, 19 01 07 oraz 19 03 06, polegające na transporcie oraz zbieraniu lub odzysku z Zakładu „Czajka” Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., w ilości maksymalnej 38 200 Mg z podziałem na 17 zadań częściowych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 19 maja 2014 roku wykonawca D..... S....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Handlowo-Transportowy „DAR-TRANS” D..... S..... w Ząbkach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego:

- w zakresie zadania częściowego nr 9 polegających na: wyborze oferty O-PAL sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, zaniechaniu wykluczenia spółki „O-PAL” sp. z o.o. z Postępowania, na zaniechaniu odrzucenia oferty O-PAL sp. z o.o. oraz zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

- w zakresie zadań częściowych nr 7, 8 polegających na: wyborze oferty A..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe” jako najkorzystniejszej, zaniechaniu wykluczenia A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe” z Postępowania, ewentualnie na zaniechaniu odrzucenia oferty A..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe oraz zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) w zakresie zadania częściowego nr 9:

I art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia „O-PAL” sp. z o.o. z udziału w prowadzonym postępowaniu z uwagi na złożenie przezeń nieprawdziwych informacji mających wpływ na

wynik prowadzonego postępowania dotyczących zdolności gospodarowania przez ten podmiot odpadami o kodzie 19 01 14 w ilości wymaganej przez zamawiającego, jak również zaniechanie wykluczenia „O-PAL” sp. z o.o. z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu, co winno skutkować wykluczeniem „O-PAL” sp. z o.o. przez zamawiającego i uznaniem oferty tego podmiotu za odrzuconą oraz pominięciem oferty tego podmiotu przy ocenie punktowej;

II. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybranie oferty wykonawcy który winien być wykluczony z postępowania;

III. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta „O-PAL” sp. z o.o. była zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, podczas gdy „O-PAL” sp. z o.o. nie spełnia warunku w postaci zdolności gospodarowania odpadami o kodzie 19 01 14 w ilości min. 3 000 Mg, co winno skutkować odrzuceniem oferty tego podmiotu, zaniechaniem poddania oferty tego podmiotu ocenie punktowej i uznaniem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania częściowego nr 9;

IV. art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp poprzez przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na wyborze oferty „O-PAL” sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie zadania częściowego nr 9, zaniechaniu wykluczenia „O-PAL” sp. z o.o. z postępowania, ewentualnie na zaniechaniu odrzucenia oferty „O-PAL” sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ (bądź złożonej przez podmiot wykluczony) i w konsekwencji zaniechaniu uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w zakresie zadania częściowego nr 9;

V. innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania;

b) w zakresie zadania częściowego nr 7 i 8:

I. art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe” z udziału w prowadzonym Postępowaniu z uwagi na złożenie przezeń nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania dotyczących posiadania niezbędnej infrastruktury oraz sprzętu gwarantującego prawidłowe prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów, jak również zaniechanie wykluczenia A..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie przez ten podmiot

warunków udziału w postępowaniu z uwagi na brak niezbędnej infrastruktury oraz sprzętu gwarantującego prawidłowe prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów, co winno skutkować wykluczeniem A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe A..... M.....” przez zamawiającego z postępowania i uznaniem oferty tego podmiotu za odrzuconą, jak i pominięciem oferty tego podmiotu przy ocenie punktowej;

II. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie oferty wykonawcy który winien być wykluczony z postępowania;

III. art. 89 ust, 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe” była zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, podczas gdy A..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe” nie spełnia warunku w postaci posiadania niezbędnej infrastruktury oraz sprzętu gwarantującego prawidłowe prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów, co winno skutkować odrzuceniem oferty tego podmiotu, a w konsekwencji pominięciem oferty tego podmiotu przy ocenie punktowej i uznaniem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania częściowego nr 7 oraz 8;

IV. art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp poprzez przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na wyborze oferty A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe” jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania częściowego nr 7 i 8, zaniechaniu wykluczenia A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe” z postępowania, ewentualnie zaniechaniu odrzucenia oferty A..... M..... jako niezgodnej z treścią SIWZ (bądź złożonej przez podmiot wykluczony) i w konsekwencji zaniechaniu uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w zakresie zadania częściowego nr 7 i 8;

V. innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

3. W związku z powyżej określonymi podstawami zaskarżenia odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie niniejszego odwołania;

- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności w postaci wyboru oferty „O-PAL” sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania częściowego nr 9;
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności w postaci wyboru oferty A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe A..... M.....” jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania częściowego nr 7 oraz nr 8;
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadań częściowych nr 7, 8 oraz 9;
- 5) nakazanie zamawiającemu wykluczenia „O-PAL” sp. z o.o. z postępowania z uwagi na złożenie przez ten podmiot nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, względnie nakazanie zamawiającemu wykluczenia „O-PAL” sp. z o.o. z uwagi na niewykazanie przez „O-PAL” sp. z o.o. warunków udziału w Postępowaniu (z ostrożności również nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty tego podmiotu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp), względnie o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty „O-PAL” sp. z o.o. z uwagi na niezgodność oferty tego podmiotu z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 6) nakazanie zamawiającemu wykluczenia A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe z postępowania z uwagi na złożenie przez ten podmiot nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, względnie nakazanie zamawiającemu wykluczenia A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe A..... M.....” z uwagi na niewykazanie przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu (z ostrożności również o nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty tego podmiotu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp), względnie o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe” z uwagi na niezgodność jego oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 7) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania częściowego nr 7, 8 oraz 9;
- 8) dopuszczenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia (nr nadany przez zamawiającego: 04920/WS/PW/PWS- DZA/U/2013) prowadzonego przez zamawiającego, w tym z dokumentów powołanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, oraz dokumentów załączonych do odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;

9) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 13 Części 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) - Instrukcja dla Wykonawców jedynym kryterium oceny ofert w prowadzonym postępowaniu była cena oferty wraz z podatkiem VAT.

W dniu 9 maja 2014 r. zamawiający przesłał w drodze elektronicznej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań częściowych od 1 do 9.

W zakresie zadania częściowego nr 9 oferty złożył odwołujący, „O-PAL” sp. z o.o., PRO-LAS W..... i wspólnicy spółka jawna oraz konsorcjum A.S.A. Eko Polska sp. z o.o. i Eko Radomsko sp. z o.o. Za najkorzystniejszą ofertę zamawiający uznał ofertę „O-PAL” sp. z o.o., informując jednocześnie, że oferta PRO-LAS W..... i wspólnicy spółka jawna została odrzucona z uwagi na niezgodność oferty tego podmiotu z treścią SIWZ. W uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający podał, że cena zawarta w ofercie „O-PAL” sp. z o.o. (kwota 628 560 złotych) była ceną najniższą i najkorzystniejszą w Postępowaniu w ramach zadania częściowego nr 9, biorąc pod uwagę przyjęte przez zamawiającego kryteria oceny ofert.

W ocenie odwołującego wybór oferty „O-PAL” sp. z o.o. jako najkorzystniejszej był nieuprawniony. Oferta ta winna zostać „pominięta” przez zamawiającego, albowiem „O-PAL” nie spełnia wymagań zamawiającego odnośnie do zdolności gospodarowania odpadami o kodzie 19 01 14.

Zamawiający w punkcie 5.1.3.2 SIWZ (Część I - Instrukcja dla Wykonawców) wprowadził wymaganie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. zdolności do gospodarowania odpadami o kodzie: 19 03 07, 19 01 14, 19 01 07, 19 03 06 (dla zadania częściowego nr 4-9) w ilości min. 3 000 Mg (dla każdego z zadań częściowych), zgodnie z posiadaną decyzją oraz stanem ilości poddanych odzyskowi oraz planowanych do odzysku odpadów w stosunku do limitu określonego w posiadanej decyzji w ramach wszystkich zadań, na które wykonawca składa ofertę w postępowaniu, w stosunku do limitu określonego w powyższej decyzji.

Celem potwierdzenia spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał od wykonawców, zgodnie z pkt 6.1.3.2 SIWZ (Część 1 - Instrukcja dla wykonawców), złożenia „oświadczenia mówiącego, że wykonawca ma zdolność do gospodarowania odpadami o kodzie 19 01 14 w ilości min. 3 000 Mg (dla każdego z zadań częściowych), zgodnie z posiadaną decyzją oraz stanem ilości poddanych odzyskowi oraz planowanych do odzysku odpadów w stosunku do limitu określonego w posiadanej decyzji w

ramach wszystkich zadań, na które wykonawca składa ofertę w postępowaniu, w stosunku do limitu określonego w powyższej decyzji - dotyczy zadania częściowego nr 5-9: na załączniku nr 6 do ID W, Część I niniejszej SIWZ”.

W ocenie odwołującego „O-PAL” sp. z o.o. nie spełnia powyższego wymagania zamawiającego. Decyzja Marszałka Województwa Łódzkiego z dnia 19 sierpnia 2011 r. znak RO.Y1.7243.1.22.2011 .AB. w przedmiocie udzielenia pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla odzysku, unieszkodliwiania, zbierania i transportu odpadów (str. 52 oferty „O-PAL” sp. z o.o. - str. 5 uzasadnienia decyzji, tabela 7, poz. 26), zezwala jedynie na odzysk popiołów o kodzie 19 01 14 metodą R5 w ilości 1 500 Mg/rok. Z kolei z powyżej zacytowanego brzmienia SIWZ wynika wyraźnie, że zamawiający wymaga od wykonawcy zdolności gospodarowania odpadami w ilości min. 3 000 Mg. Różnica pomiędzy minimalną liczbą Mg wymaganą przez Zamawiającego a ilością Mg, jaką „O-PAL” sp. z o.o. może gospodarować na podstawie decyzji, jest jaskrawa. „O-PAL” sp. z o.o. ma zdolność gospodarowania odpadami dwukrotnie niższą (w aspekcie Mg) od tej wymaganej w SIWZ przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego powyższe oznacza, że „O-PAL” sp. z o.o. składając oświadczenie o posiadaniu zdolności do gospodarowania odpadami o kodzie 19 01 14 złożył nieprawdziwe informacje mające na wynik postępowania. W świetle postanowień powyżej wskazanej decyzji administracyjnej nie ulega wątpliwości, że wykonawca ten nie ma zdolności zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 14 w ilości wymaganej przez zamawiającego, tj. min. 3 000 Mg.

Odwołujący podkreślił, że przez pojęcie „zdolności gospodarowania odpadami” należy rozumieć zdolność wykazania przez wykonawcę posiadania odpowiedniego potencjału technicznego w celu realizacji wymagań i oczekiwań zamawiającego. Zamawiający uszczegóławiając przedmiot zamówienia wskazał w pkt 4 Części I SIWZ, jak i w § 2 Istotnych Warunków Umowy dla zadań częściowych od 5 do 9 (Część II SIWZ), że przedmiot umowy będzie realizowany sukcesywnie, na każde wezwanie zamawiającego, od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2015 r. lub do wyczerpania limitu 3000 Mg odpadów, w zależności od tego, które z powyższych zdarzeń nastąpi pierwsze.

Paragraf 3 ust. 4 Istotnych Warunków Umowy stanowi wyraźnie, że szacunkowy średniodobowy odbiór odpadów wynosi maksymalnie 100 Mg, co zostało powtórzone w postanowieniach Opisu Przedmiotu Zamówienia dla zadania częściowego nr 9 - Warunkach Realizacji Zamówienia (Część 111 SIWZ).

Zamawiający w chwili wszczynania postępowania przetargowego nie był w stanie oszacować okresu, w którym limit 3 000 Mg zostanie wyczerpany - przy określaniu terminu expiracji stosunku prawnego wskazał on dwa zdarzenia - datę 31.12.15 r. bądź wyczerpanie limitu 3 000 Mg, w zależności od tego, co nastąpi wcześniej. Z tego powodu zamawiający w wymaganiach stawianych wykonawcom wprowadził obowiązek posiadania zdolności gospodarowania odpadami w ilości min. 3 000 Mg. Wykonawcy mieli bowiem zagwarantować zdolność (gotowość) przyjęcia 3 000 Mg odpadów w zależności od potrzeb zamawiającego, a zatem wykazać gotowość wykonania zamówienia nawet w krótkim czasie (tj. także krótszym niż rok).

W świetle powyższych postanowień Istotnych Warunków Umowy i Opisu Przedmiotu Zamówienia jest jasne, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zakresie zadania częściowego nr 9, byłby zobowiązany do odbioru odpadów w maksymalnej ilości dziennej (średniodobowej) 100 Mg. Biorąc pod uwagę tę maksymalną wartość zamawiający mógłby wykorzystać limit już w przeciągu 30 dni roboczych (niedziele i dni ustawowo wolne od pracy zostały wyłączone). Z tego powodu każdy z wykonawców winien dysponować możliwością odbioru odpadów w wysokości co najmniej 3 000 Mg rocznie (na wypadek pojawienia się potrzeby wyczerpania określonego przez zamawiającego limitu w okresie krótszym niż pełny rok kalendarzowy).

Odwołujący podkreślił, że spółka „O-PAL” sp. z o.o. dysponuje rocznym limitem w ilości 1 500 Mg, co jest równoznaczne z niemożnością wykonywania zamówienia już po 15 dniach roboczych i niezdolnością zgodnego z prawem gospodarowania odpadami, podczas gdy minimum wymagane przez zamawiającego dotyczyło 30 dni roboczych (3 000 Mg). Jest oczywiste, że przy założeniu konieczności odbioru od zamawiającego w jednym roku odpadów w ilości przekraczającej 1 500 Mg spółka „O-PAL” sp. z o.o. nie byłaby w stanie zrealizować zamówienia zamawiającego. Podkreślił, że zamawiający może żądać wykonania zadania już do końca 2014 r. Maksymalna ilość 3 000 Mg przekracza zatem zdolność roczną tego wykonawcy, określoną w decyzji Marszałka Województwa Łódzkiego. Dodatkowo wskazał, że z uwagi na termin udzielenia zamówienia jest wysoce prawdopodobne, że „O-PAL” sp. z o.o. wykorzystał już częściowo dostępny limit na zagospodarowanie odpadami o kodzie 19 01 14 w ramach innych postępowań przetargowych.

W ocenie odwołującego Powyższe uprawnia do konstatacji, że spółka „O-PAL” sp. z o.o. składając oświadczenie o zdolności do gospodarowania odpadami o kodzie 19 01 14 w ilości min. 3 000 Mg złożyła nieprawdziwe informacje, które miały w ocenie Odwołującego wpływ na wynik Postępowania. Dołączona do oferty „O-PAL” sp. z o.o. decyzja Marszałka Województwa Łódzkiego dowodzi, że wykonawca ten nie ma zdolności gospodarowania

odpadami w wymaganej przez zamawiającego, co czyni oświadczenie O-PAL sp. z o.o. nieprawdziwym.

W ocenie odwołującego w niniejszym stanie faktycznym złożenie przez „O-PAL” sp. z o.o. oświadczenia o posiadaniu zdolności do gospodarowania odpadami w ilości min. 3 000 Mg było świadomym, celowym działaniem w celu uzyskania zamówienia, biorąc pod uwagę brzmienie punktu 5.1.3.2. SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców, postanowienia Opisu Przedmiotu Zamówienia dla zadania częściowego nr 9 oraz postanowienia Istotnych Warunków Umowy w zakresie zadania częściowego nr 5-9. To winno skutkować wykluczeniem przez zamawiającego spółki „O-PAL” sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i uznaniem oferty tego wykonawcy jako odrzuconej. Z ostrożności odwołujący stwierdził należy, w związku z wątpliwościami na gruncie brzmienia art. 24 ust. 4 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 Pzp co do zakresu i przypadków ich zastosowania, że zamawiający naruszył w tej sytuacji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp albowiem nie odrzucił oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Zaniechanie zamawiającego w tym względzie uznać należy za rażące naruszenie przepisów Pzp.

Odwołujący podniósł, że brak możliwości gospodarowania odpadami w ilości min 3 000 Mg stanowi niespełnienie przez O-PAL sp. z o.o. przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, co winno również prowadzić do wykluczenia tego Wykonawcy w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z udziału w Postępowaniu i zaniechaniu poddania jego oferty ocenie punktowej. Zamawiający uznał, że zdolność gospodarowania odpadami o kodzie 19 01 14 w ilości min. 3 000 Mg należy do wymagań dotyczących dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (punkt 5,1.3.1 - 5.1.3.2. Części 1 SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców). Wykluczenie obejmuje dwie sytuacje faktyczne. Jako pierwszą wymienił należy tę, w której wykonawca wprawdzie przedłożył wymagane przez zamawiającego poprawne oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz wynika z nich, iż nie posiada on wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, technicznego lub zdolności finansowej lub ekonomicznej, w zależności od tego, jak zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ze złożonych oświadczeń i dokumentów wynika więc, że wykonawca nie jest zdolny do wykonania zamówienia według kryteriów przyjętych przez zamawiającego w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z ostrożności stwierdzić należy, w związku z wątpliwościami na gruncie brzmienia art. 24 ust. 4 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, że zamawiający naruszył w tej sytuacji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp albowiem nie odrzucił oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, jak to zostało wykazane powyżej.

W ocenie odwołującego istnieją również podstawy do przyjęcia tezy, że złożenie przez „O-PAL” sp. z o.o. oferty stanowiącej akceptację wszelkich wymagań zamawiającego stanowi o niezgodności oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, co winno stanowić przyczynę odrzucenia oferty tego wykonawcy przez zamawiającego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ze wskazaną podstawą odrzucenia oferty mamy do czynienia w razie stwierdzenia odmienności przejawiającej się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji w stosunku do wymagań zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że spółka „O-PAL” sp. z o.o. nie byłaby w stanie przyjąć na siebie obowiązku gospodarowania odpadami o kodzie 19 01 14 w ilości 3 000 Mg na warunkach określonych w SIWZ z uwagi na fakt, że wykonawca ten posiada limit w ilości 1 500 Mg na rok. Oznacza to, że oferta „O-PAL” sp. z o.o. w swej warstwie merytorycznej nie odpowiada wymaganiom wskazanym w 5.1.3.2 SIWZ, Opisie Przedmiotu Zamówienia dotyczącym zadania częściowego nr 9 oraz Istotnym Warunkom Umowy dotyczącym zadań częściowych 5-9, co czyni ofertę niezgodną ze treścią SIWZ i uzasadniało odrzucenie oferty tego wykonawcy przez zamawiającego. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie przepisów Pzp.

Odwołujący stwierdził, że powyżej wspomniane postaci naruszenia przepisów Pzp niewątpliwie doprowadziły do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. W myśl art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Zasada ta oznacza zakaz faworyzowania wykonawców w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego w świetle okoliczności sprawy, zaniechanie wykluczenia „O-PAL” sp. z o.o., względnie zaniechanie odrzucenia oferty tego podmiotu doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady poszanowania uczciwej konkurencji. Uznanie przez zamawiającego oferty „O-PAL” sp. z o.o. za najkorzystniejszą jest naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp, albowiem oferta ta podlegała powinna być uznana za odrzuconą w związku z koniecznością uprzedniego wykluczenia O-PAL sp. z o.o. z postępowania, względnie oferta tego podmiotu winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp lub pkt 5 Pzp. Powyższe naruszenia uniemożliwiło wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania częściowego nr 9.

Odwołujący podniósł, że podobne zarzuty można postawić zamawiającemu w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań częściowych nr 7 oraz 8.

W zakresie zadania częściowego nr 7 oferty złożyli: RR Grupa POLDIM sp, z o.o., BM RECYKLING sp. z o.o., PRO-LAS W..... i wspólnicy spółka jawna, A..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe” oraz odwołujący. W zakresie zadania częściowego nr 8 oferty złożyli: konsorcjum A.S.A, Eko Polska sp. z o.o. oraz Eko Radomsko sp. z o.o.; PRO-LAS W..... i wspólnicy spółka jawna, A..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe” oraz odwołujący. Za najkorzystniejszą ofertę w zakresie wszystkich powyższych zadań zamawiający uznał ofertę A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe” z uwagi na przyjęte kryterium oceny ofert (cena - 100 %). Zamawiający poinformował przy tym, że oferta PRO-LAS W..... i wspólnicy spółka jawna została odrzucona z uwagi na niezgodność oferty tego podmiotu z treścią SIWZ.

W ocenie odwołującego wybór oferty A..... M..... w zakresie zadań częściowych nr 7 oraz 8 jako najkorzystniejszej był nieprawidłowy. Oferta ta winna zostać pominięta przez zamawiającego, albowiem A..... M..... nie spełnia wymagań zamawiającego odnośnie do niezbędnej infrastruktury oraz sprzętu gwarantującego prawidłowe prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 5.1.3. SIWZ o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia, tzn. wykonawcy, którzy mają zdolność do gospodarowania odpadami będącymi przedmiotem zamówienia. Z kolei zgodnie z pkt 6.1.3. SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 5.1.3 wykonawca powinien przedstawić odpowiednie oświadczenia.

A..... M..... złożył oświadczenie o spełnianiu warunków określonych w pkt 5.1.3. SIWZ, tj. zdolności do gospodarowania odpadami o kodach i w ilości przypisanej dla zadań, na które złożył ofertę, zgodnie z posiadaną decyzją oraz stanem ilości poddanych odzyskowi oraz planowanych do odzysku odpadów w stosunku do limitu określonego w posiadanej decyzji. W oświadczeniach jako decyzję zezwalającą na odzysk Wykonawca wskazał decyzję Starosty Szamotulskiego z dnia 1 lipca 2013r. (OS.6233.19.2013), zezwalającą na przetwarzanie odpadów na terenie Zakładu Recyklingu Dęborzycy w m, Dęborzycy 11A 62-045 Pniewy (dz. Nr 71/2, 71/4 i 72 - KW PO IA/00050139/7), dalej jako „Decyzja”.

W uzasadnieniu Decyzji wskazano, że „na terenie Zakładu, na którym zlokalizowane są instalacje objęte niniejszym zezwoleniem, znajduje się niezbędna infrastruktura oraz sprzęt gwarantujący prawidłowe prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów. Tymczasem, wg wiedzy odwołującego na ww. nieruchomości nie została uruchomiona, czy też nawet przygotowana do uruchomienia, żadna instalacja, która pozwalałaby na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia (zgodnie z Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Wielkopolskiego na lata 2012-2017 instalacja miała zostać uruchomiona do końca 2012 r.). Odpady są składowane na terenie nieruchomości jak na wysypisku śmieci lub składowisku odpadów, co grozić może katastrofą ekologiczną. Co więcej, w uzasadnieniu Decyzji powołano się na zgodność lokalizacji Zakładu Recyklingu Dęborzyce, jak i prowadzonej działalności gospodarczej z Miejscowym Planem Zagospodarowania Przestrzennego Gminy Pniewy zatwierdzonego uchwałą Nr XI/99/03 Rady Miejskiej Pniewy z dnia 29 października 2003 r., fakt wpisania Zakładu Recyklingu Dęborzyce do Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Wielkopolskiego na lata 2012-2017, a także wskazano na dołączoną do wniosku decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia z dnia 19 sierpnia 2009r. (B.Ś. 7624-27-08-09-6), wydaną przez Burmistrza Gminy Pniewy.

W ocenie odwołującego wskazane w uzasadnieniu do Decyzji informacje mogą okazać się niezgodne z prawdą. Otóż, w dniu 2 listopada 2011 r. Burmistrz Gminy Pniewy wydał decyzję odmawiającą wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia w zakładzie recyklingu odpadów na działkach 71/4, 71/2, 72 w m. Dęborzyce gin. Pniewy (B.K.BK.7624-8-10- 14-2011), ponieważ lokalizacja tego przedsięwzięcia była niezgodna z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego.

W uzasadnieniu powyższej decyzji wskazano, że Wojewódzki Plan Gospodarowania Odpadami dla województwa wielkopolskiego i miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego gminy nie przewidują budowy składowiska odpadów. Nadto, zaznaczono, że obszar projektowanego składowiska położony jest na subzbiomiku trzeciorzędowym Jezioro Bytyńskie - Wronki - Trzciel, wymagającym szczególnej ochrony ze względu na swe znaczenie zasobowe i jakość wód dla rejonu, a zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 24 marca 2003r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących lokalizacji, budowy, eksploatacji i zamknięcia, jakim powinny odpowiadać poszczególne typy składowisk odpadów, nie dopuszcza się lokalizacji składowisk odpadów niebezpiecznych oraz składowisk odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne na terenach stref zasilania głównych i użytkowych zbiorników wód podziemnych.

W ocenie odwołującego z uwagi na brak możliwości zagospodarowania odpadów będących przedmiotem zamówienia na ww. nieruchomości na podstawie Decyzji (ale także osadów ściekowych, będących przedmiotem równoległe prowadzonego przez zamawiającego postępowania) oraz na nieprzedłożenie innej decyzji, która odpowiadałaby wymogom określonym w SIWZ, należy uznać, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Pojęcie zdolności gospodarowania odpadami" należy interpretować jako zdolność wykazania przez wykonawcę posiadania odpowiedniego potencjału technicznego w celu realizacji wymagań i oczekiwań zamawiającego. Powyżej podkreślone okoliczności w sposób wyraźny dowodzą, że A..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe” nie spełnia wymagania posiadania odpowiedniego potencjału technicznego, co winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania z uwagi na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z ostrożności stwierdzić należy, w związku z wątpliwościami na gruncie brzmienia art. 24 ust. 4 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w związanych z zakresem i przypadkami ich stosowania, że zamawiający naruszył w tej sytuacji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp albowiem nie odrzucił oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, jak to zostało wykazane powyżej.

Ponadto, złożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przy obiektywnym braku możliwości wykazania ich spełnienia, należałoby uznać za złożenie nieprawdziwych informacji. Złożone w zawartych w oświadczeniach informacje miały wpływ na wynik postępowania, z uwagi na pozorną kwalifikację oferty wykonawcy do wyboru jako najkorzystniejszej dla części zadań objętych zamówieniem. Nie ulega wątpliwości, że biorąc pod uwagę stan nieruchomości A..... M....., oświadczenie o posiadaniu odpowiedniego potencjału do realizacji zamówienia stanowiło świadome, umyślne działanie mające na celu zwycięstwo w przetargu. Takie zachowanie wykonawcy uzasadnia wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, względnie również odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tym względzie uznać należy za rażące naruszenie przepisów Pzp.

Istnieją również podstawy do przyjęcia tezy, że złożenie przez A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe” oferty stanowiącej akceptację wszelkich wymagań zamawiającego stanowi o niezgodności oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, co winno stanowić przyczynę odrzucenia oferty tego wykonawcy przez zamawiającego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ze wskazaną podstawą odrzucenia oferty mamy do czynienia w razie stwierdzenia odmienności

przejawiającej się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji w stosunku do wymagań zamawiającego.

Zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości, że A..... M..... nie jest w stanie przyjąć na siebie obowiązku zagospodarowania odpadami w zakresie zadań częściowych nr 7 oraz 8 na warunkach określonych w SIWZ z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie posiada niezbędnej infrastruktury oraz sprzętu gwarantującego prawidłowe prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów. Oznacza to, że oferta A..... M..... w swej warstwie merytorycznej nie odpowiada wymaganiom wskazanym w 5.1.3.2 SIWZ, Opisie Przedmiotu Zamówienia dotyczącym zadania częściowego nr 7 oraz 8 oraz Istotnym Warunkom Umowy dotyczącym zadań częściowych 5-9, co czyni ofertę niezgodną ze treścią SIWZ i uzasadnia odrzucenie oferty tego wykonawcy przez zamawiającego. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie przepisów Pzp.

Zgodnie § 1 pkt 2 Istotnych Warunków Umowy dla zadań od 5 do 9 wykonawca zobowiązuje się zrealizować przedmiot umowy zgodnie z „Opisem przedmiotu zamówienia” - dla zadania częściowego nr od 5 do 9, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.).

A..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe” składając ofertę w niniejszym postępowaniu zobowiązał się do gospodarowania odpadami m.in. poprzez kompostowanie (zgodnie z decyzją Starosty Szamotulskiego z dnia 1 lipca 2013 r., OS.6233.19.2013). Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia dla zadań 5-9, odpady o kodzie 19 01 14 (popioły lotne inne niż wymienione) to przekształcone w Stacji Termicznej Utylizacji Osadów Ściekowych osady ściekowe i skratki oraz ewentualnie inne bliżej nieokreślone odpady.

W pkt 14 powyższego Opisu Przedmiotu Zamówienia mimo, że formalnie dopuszczono niektóre metody gospodarowania odpadami wskazane w ustawie o odpadach, jednocześnie zastrzeżono, że dopuszczalność użycia wskazanych metod odzysku uwarunkowana jest zgodnością z odpowiednimi przepisami prawa („o ile przepisy dopuszczają możliwość zagospodarowania w/w odpadów”).

W stosunku do określonych powyżej odpadów istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że kompostowanie nie będzie metodą odpowiednią do zapewnienia należytego wykonania umowy, tym bardziej wobec braku uruchomienia przez A..... M..... odpowiedniej instalacji odzysku, a co za tym idzie - uzasadnione jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Należy także zauważyć, że „kompostownie regionalne” to instalacje

przetwarzające selektywnie zebrane odpady zielone i inne bioodpady oraz wytwarzające z nich produkty np. o właściwościach nawozowych. Z załączonych zdjęć wynika jednoznacznie, że A..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe” „kompostuje” poprzez składowanie w jednym miejscu wszelkie rodzaje odpadów na raz, w tym odpady (osady) skratki, które nie nadają się do kompostowania, podobnie jak i popioły wytwarzane przez zamawiającego,

Użycie popiołów w procesie kompostowania wyklucza również opis technologii, zawarty w pkt b) na stronie 4 załączonej do oferty Wykonawcy decyzji Starosty Szamotulskiego (popioły nie są odpadem biodegradowalnym). Okoliczności te czynią zarzut zasadnym zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty A..... M..... na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podniósł, że powyższe postaci naruszenia przepisów Pzp w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania częściowego nr 7 i 8 doprowadziły do również niewątpliwie doprowadziły do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. W myśl art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Zasada ta oznacza niemożność faworyzowania wykonawców w postępowaniu. Zaniechanie wykluczenia A..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „A..... M..... Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe” z postępowania, względnie zaniechanie odrzucenia oferty tego podmiotu doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady poszanowania uczciwej konkurencji. Uznanie przez zamawiającego oferty A..... M..... za najkorzystniejszą jest naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp, albowiem oferta ta podlegała powinna być uznana za odrzuconą w związku z koniecznością uprzedniego wykluczenia A..... M..... z postępowania, względnie oferta tego podmiotu winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp bądź pkt 5 Pzp. Powyższe naruszenia uniemożliwiło wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania częściowego 7 i 8.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w punkcie 5.1.3.2 SIWZ (Część I – Instrukcja dla Wykonawców) wprowadził wymaganie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami

zdolnymi do wykonania zamówienia, t j. zdolności do gospodarowania odpadami o kodzie 19 03 07, 19 02 14, 19 01 07, 19 03 06 (dla zadania częściowego nr 4-9) w ilości min. 3 000 Mg (dla każdego z zadań częściowych), zgodnie z posiadaną decyzją oraz stanem ilości poddanych odzyskowi oraz planowanych do odzysku odpadów w stosunku do limitu określonego w posiadanej decyzji w ramach wszystkich zadań, na które wykonawca składa ofertę w postępowaniu, w stosunku do limitu określonego w powyższej decyzji.

Celem potwierdzenia spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał od wykonawców, zgodnie z pkt. 6.1.3.2 SIWZ (Część I – Instrukcja dla Wykonawców), złożenia oświadczenia mówiącego, że wykonawca ma zdolność do gospodarowania odpadami o kodzie 19 01 14 w ilości min. 3 000 Mg (dla każdego z zadań częściowych), zgodnie z posiadaną decyzją oraz stanem ilości poddanych odzyskowi oraz planowanych do odzysku odpadów w stosunku do limitu określonego w posiadanej decyzji w ramach wszystkich zadań, na które wykonawca składa ofertę w postępowaniu, w stosunku do limitu określonego w powyższej decyzji – dotyczy zadania częściowego nr 5-9 na załączniku nr 6 do IDW, Część I niniejszej SIWZ.

Do zamawiającego wpłynęły pytania dotyczące SIWZ m.in. o następującej treści:

„Zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający dopuszcza udział w postępowaniu między innymi oferentów posiadających wyłącznie decyzję na transport oraz zbieranie odpadów nie deklarując ich finalnego odzysku. Prosimy o zmianę zapisów SIWZ w tym , że zakresie oraz przedstawienia wymogu w stosunku do firm „zbierających” odpady, że docelowo przekażą odpady do zagospodarowania poprzez odzysk z koniecznością przedłożenia chociażby umowy o współpracy lub zobowiązania firmy prowadzącej odzysk wraz z przedłożeniem stosownej decyzji”.

„W związku z powtarzającymi się przypadkami zagospodarowania odpadów (niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne) pochodzących z tego typu instalacji jak Państwa, w procesie tzw. „użyźniania gleb” uwzględniając odpowiedzialność wytwórcy odpadów wynikającą z art. 27 Ustawy o odpadach wnosimy o wykluczenie z udziału w postępowaniu dopuszczone na chwilę obecną podmioty posiadające wyłącznie decyzje na transport i zbieranie odpadów”.

Zamawiający nie wyraził zgody na powyższe zmiany. W odpowiedzi wskazał, że „Zamawiający informuje, że art. 27 ust. 2 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz.U. z 2013 r., poz. 21 z póź. zm.) pozwala na przekazywanie odpadów podmiotom, które mają m.in. zezwolenie na zbieranie odpadów. Jednocześnie, zgodnie z art. 27 ust. 3 Ustawy

o odpadach, odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami przechodzi w momencie przekazania z wytwórcy odpadów na kolejnego posiadacza odpadów.

Zamawiający określił konieczność przestrzegania hierarchii gospodarowania odpadami poprzez zapisy § 3 pkt 14 Istotnych Warunków Umowy „Wykonawca posiadający zezwolenie wyłącznie na zbieranie odpadów oświadcza, że zgodnie z treścią art. 18 ust. 2 ustawy o odpadach będzie przekazywał odpady do zagospodarowania wyłącznie poprzez odzysk. Wykonawca oświadcza, że nie będzie przekazywał odpadów do unieszkodliwiania”.

Ponadto zgodnie z treścią § 3 ust. 37 Istotnych Warunków Umowy:

„Wykonawca jest zobowiązany w każdym momencie obowiązywania umowy na żądanie Zamawiającego udostępnić Zamawiającemu do wglądu wszelkie informacje i dokumenty mające związek z realizacją przedmiotu umowy”.

Przystępujący O-PAL Sp. z o.o. złożył wymagane oświadczenie oraz decyzję Marszałka Województwa Łódzkiego z dnia 19 sierpnia 2011 roku znak RO.YI.7243.1.22.2011.AB w przedmiocie udzielenia pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla odzysku, unieszkodliwiania, zbierania i transportu odpadów. Decyzja ustala limit odzysku popiołów o kodzie 19 01 14 metodą R5 w ilości 1500 Mg/rok. Decyzja nie określa limitów zbierania odpadów przez wykonawcę.

Przystępujący A..... M..... złożył oświadczenie o spełnianiu warunków określonych w pkt. 5.1.3 SIWZ, tj. zdolności do gospodarowania odpadami o kodach i ilości przypisanej dla zadań, na które złożył ofertę, zgodnie z posiadaną decyzją oraz stanem ilości poddanych odzyskowi oraz planowanych do odzysku odpadów w stosunku do limitu określonego w posiadanej decyzji. W oświadczeniach jako decyzję zezwalającą na odzysk wykonawca wskazał decyzję Starosty Szamotulskiego z dnia 1 lipca 2013 roku (OS,6233.19.2013), zezwalającą na przetwarzanie odpadów na terenie Zakładu Recyklingu Dęborzycy w m. Dęborzycy. Decyzja obowiązuje do dnia 23 czerwca 2023 roku. Decyzja określa ilość odpadów poddawanych przetworzeniu o kodzie 19 01 14 w ilości 30 000 ton rocznie.

Izba stwierdziła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W myśl art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2013 roku poz. 21 ze zmianami) pod pojęciem gospodarowania odpadami rozumie się zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami.

Przystępujący O-PAL posiada decyzję w przedmiocie gospodarowania odpadami o kodzie 19 01 14. Podkreślić należy, że Decyzja Marszałka Województwa Łódzkiego z dnia 19 sierpnia 2011 roku nie określa limitów zbierania odpadów przez wykonawcę, co jest zgodne z art. 43 ust. 1 ustawy o odpadach. Przyjąć zatem należy, że przystępujący O-PAL spełnia warunek w zakresie zdolności do gospodarowania odpadami o kodzie 19 01 14 w ilości 3000 Mg. Brak górnego limitu ilości odpadów jest równoznaczny z możliwością gospodarowania odpadami o nieograniczonej masie.

Stanowisko odwołującego, jakoby przystępujący winien legitymować się decyzją umożliwiającą odzysk odpadów o kodzie 19 01 14 w ilości 3000 Mg należy uznać za niezasadne. W szczególności wniosek taki nie wynika z treści 5.1.3.2 SIWZ, co wykazano powyżej. Stanowiska takiego nie uzasadnia również przedmiot zamówienia. Przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt. 3.1 SIWZ część I Instrukcja dla wykonawców w zadaniu nr 9, jest gospodarowanie odpadami o kodzie 19 01 14, polegające na transporcie oraz zbieraniu lub odzysku z Zakładu „Czajka” Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawa SA w ilości maksymalnej 3000 Mg. Bez znaczenia dla niniejszej sprawy jest ustalenie, jaki procent przedmiotowego zamówienia obejmuje zbieranie odpadów. Dla rozstrzygnięcia istotne są bowiem ustalone przez zamawiającego warunki postępowania oraz dokumenty, jakie winni złożyć wykonawcy dla potwierdzenia spełniania tych warunków. A te zamawiający ustalił tak, jak wynika to z treści pkt. 5.1.3.2. Ponadto z treści § 3 pkt 14 Istotnych Warunków Umowy wynika pośrednio, że w postępowaniu może wziąć udział wykonawca posiadający zezwolenie wyłącznie na zbieranie odpadów.

O ile wykonawcy nie zgadzali się z treścią tak ustalonych warunków, winni byli je zakwestionować poprzez wniesienie odwołania. Z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawcy zwracali się do zamawiającego z wnioskami o zmianę postanowień SIWZ w taki sposób, by uniemożliwić wzięcie udziału w postępowaniu podmiotom posiadającym wyłącznie decyzje na transport i zbieranie odpadów oraz o postawienie wymogu wobec firm zbierających odpady przekazania odpadów do zagospodarowania wraz z koniecznością przedłożenia stosownych umów. Zamawiający nie wyraził zgody na powyższe. Żaden z

wykonawców nie wniósł odwołania na tę czynność zamawiającego, a zatem pierwotne postanowienia SIWZ nie uległy zmianie.

Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, że żaden z zarzutów dotyczących oferty przystępującego O-PAL nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie uwzględniła również zarzutów podniesionych wobec oferty przystępującego A..... M.....

Zarzuty te w istocie sprowadzały się do zakwestionowania decyzji Starosty Szamotulskiego z dnia 1 lipca 2013 roku (OS.6233.19.2013). Odwołujący nie zakwestionował jednakowoż prawomocności lub ostateczności tej decyzji, a zatem przyjąć należy, że jest to decyzja ostateczna i prawomocna. Decyzja taka korzysta z zasady trwałości. Oznacza to, że jej uchylenie, zmiana, stwierdzenie jej nieważności oraz wznowienie postępowania może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w Kodeksie postępowania administracyjnego lub w ustawach szczególnych. Decyzje ostateczne obowiązują dopóty, dopóki nie zostaną uchylone lub zmienione przez nową, podjętą na podstawie odpowiedniego przepisu decyzję. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem posiadającym kognicję w zakresie wzruszania ostatecznych decyzji administracyjnych, a zatem w tym zakresie należy przyjąć domniemanie mocy obowiązującej przedłożonej decyzji.

Z powyższego wynika, że przystępujący A..... M..... potwierdził spełnianie warunku w postępowaniu złożonymi dokumentami, w tym decyzją Starosty Szamotulskiego z dnia 1 lipca 2013 roku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego O-PAL o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego i kosztów zastępstwa procesowego. Zgodnie bowiem z § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 roku, Nr 41, poz. 238) w przypadku odrzucenia lub oddalenia odwołania przez Izbę:

- 1) Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2;
- 2) Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów

przedstawionych w odwołaniu, Izba zasądza od odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw koszty, o których mowa w § 3 pkt .

W rozpoznawanym przypadku nie zaszły okoliczności, o których mowa w § 5ust. 3 pkt 2 rozporządzenia, a zatem koszty postępowania odwoławczego przysługującemu nie przysługują.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....